

## University of Groningen

### Het bestuur over de boedel en toezicht

Verstijlen, F.M.J.

*Published in:*

Voordracht OO&R-congres "Het voorontwerp van een nieuwe Insolventiewet" (8)

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2008

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Verstijlen, F. M. J. (2008). Het bestuur over de boedel en toezicht. *Voordracht OO&R-congres "Het voorontwerp van een nieuwe Insolventiewet" (8).*

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## Toezicht<sup>1</sup>

Omdat ik de eer heb, als eerste na de voorzitter van de Commissie te zijn geprogrammeerd, wil ik de gelegenheid te baat nemen de Commissie te complementeren met het verrichte werk. Het is een buitengewoon leesbaar voorontwerp met toelichting geworden, met een heldere structuur, waarin duidelijke keuzes worden gemaakt. De Commissie is niet in de val getrapt het allemaal opnieuw te willen doen, maar heeft volstaan met het oplossen van de belangrijkste knelpunten en het wegsnoeien van wat dood hout – bepalingen die door de tijd zijn achterhaald – en het wegwieden van wat onkruid, veelal opgekomen in relatief recente jaren. En dat alles in maar iets meer dan driehonderd pagina's.

Kortom, het heeft even geduurd, maar dan heb je ook wat.

Ik heb mij voor mijn onderwerp – toezicht – natuurlijk vooral geconcentreerd op titel 4, “Het bestuur over de boedel en toezicht”. Uit eerdere berichten van de Commissie – de brieven uit april 2005 en juni 2006 – had ik begrepen dat de rechter-commissaris meer op afstand zou moeten komen en dat het toezicht meer op het bord van de schuldeisers zou moeten worden gelegd. Maar het wetsvoorstel met toelichting lezende, met in mijn achterhoofd de huidige regeling, moest ik denken aan die zoekplaatjes “Zoek de tien verschillen” die je soms in kranten en tijdschriften tegenkomt. Ik vond het in dit geval nog niet zo gemakkelijk om de verschillen te vinden. Gelukkig heb ik er wel wat gevonden, maar ik vraag me af of die een wijziging van enige betekenis mee zullen brengen ten opzichte van de huidige praktijk. Laat mij het eens op een rijtje zetten.

---

<sup>1</sup> Bewerkte versie van een voordracht op het OO&R-congres “Het voorontwerp van een nieuwe Insolventiewet” (8 november 2007)

Om te beginnen bepaalt art. 4.3.1, eerste volzin: “De rechter-commissaris houdt toezicht op de algemene gang van zaken bij het bestuur van de boedel en beslecht daarbij rijzende geschillen.” Zet dat af tegen het huidige art. 64: “De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel.” Ik denk niet dat dat een wezenlijk verschil is. Ook onder de huidige regeling is het natuurlijk niet zo dat de rechter-commissaris elke brief van de curator nakijkt. En wanneer de rechter-commissaris zich, al dan niet daarop door een derde opmerkzaam gemaakt, zorgen maakt over een bate die de bewindvoerder laat liggen en daarnaar informeert, zie ik het niet gebeuren dat die bewindvoerder antwoordt dat de rechter-commissaris zich daar niet mee moet bemoeien omdat dat niet de algemene gang van zaken betreft.

Bovendien moet de algemene opdracht van de rechter-commissaris in art. 4.3.1 en in 64 Fw. worden gezien in samenhang met diens bevoegdheid de bewindvoerder/curator voor te dragen voor ontslag. Wanneer het de rechter-commissaris blijkt dat die bewindvoerder/curator disfunctioneert, kan hij hem voordragen voor ontslag. Dat geldt natuurlijk ook indien dat disfunctioneren is gelegen in een serie van incidentele fouten of zelfs een enkele enorme fout en dus als zodanig niet “de algemene gang van zaken” betreft. En natuurlijk zal de rechtbank aan wie de rechter-commissaris de voordracht doet daar kennis van nemen en niet de voordracht van de rechter-commissaris naast zich neerleggen omdat hij buiten zijn taak is getreden.

Voor zover er wel een wezenlijk verschil is, valt er een gat in het toezicht. Het is in het voorontwerp de schuldeiserscommissie die als taak heeft “toezicht op het bestuur van de boedel” – dus zonder de beperking tot “de algemene gang van zaken” – en overigens ook het adviseren van de bewindvoerder. Maar die

schuldeiserscommissie wordt niet steeds benoemd. (In de huidige praktijk is het een zeldzaamheid dat een commissie uit de schuldeisers wordt benoemd.) Het toezicht op het bestuur valt dan weg en alleen het toezicht op de algemene gang van zaken blijft over. Maar zoals gezegd, ik denk dat het verschil in formulering tussen art. 64 en het nieuwe art. 4.3.1 weinig om het lijf heeft. Het zijn maar letters op papier.

Het toezicht van de rechter-commissaris is, nu en in de toekomst, wat de rechter-commissaris er zelf van maakt. Geen rechtbank zal zijn opmerkingen negeren en geen bewindvoerder legt die naast zich neer. Daaraan liggen niet zozeer de regeltjes in de Faillissements- of Insolventiewet ten grondslag, maar het ervaringsfeit dat ook mensen niet geneigd zijn de hand te bijten die hen voedt. En zelfs als de rechter-commissaris geen zitting heeft in de insolventiekamer, zoals de Commissie bepleit, zal de bewindvoerder steeds denken – niet ten onrechte – dat de lijnen met die insolventiekamer kort zijn en dat die insolventiekamer geneigd zal zijn waarde te hechten aan de ervaringen van de rechter-commissaris met de bewindvoerder.

En dan – belangrijker dan de algemene taakopdracht – de betrokkenheid van de rechter-commissaris door middel van de machtiging, het “toezicht vooraf”, in het voorontwerp “toestemming” geheten. Het aantal benodigde machtigingen is inderdaad verminderd, maar niet weg. De belangrijkste gevallen zijn het doen van uitdelingen en het opzeggen van een arbeidsovereenkomst. Ik kom daar nog op terug. Op een aantal punten is de functie van de machtiging verschoven naar de schuldeisers: dat wil zeggen, de schuldeiserscommissie en/of de schuldeisers zelf. Zo bijvoorbeeld bij, kort gezegd, de onderhandse executie, het aangaan van vaststellingsovereenkomsten, de voortzetting van de onderneming na een maand – de eerste maand mag hij sowieso voortzetten – en het optreden in rechte (4.2.3a).

Is er een schuldeiserscommissie dan heeft de bewindvoerder haar toestemming nodig; maar is de bewindvoerder het met een weigering niet eens, dan kan hij alsnog naar de rechter-commissaris. Is er geen schuldeiserscommissie, dan is sowieso de toestemming van de rechter-commissaris nodig (behalve bij de onderhandse executie en de vaststellingsovereenkomst, waarover zometeen meer). En in spoedeisende gevallen, kan de bewindvoerder sowieso de schuldeisers en de schuldeiserscommissie passeren en rechtstreeks naar de rechter-commissaris (art. 4.2.3b lid 2).

Is dat anders dan nu? Het verschil is dat nu de curator niet gebonden is aan het advies, maar de commissie naar de rechter-commissaris kan. In de toekomst ligt het initiatief dus anders: het is de bewindvoerder die naar de rechter-commissaris moet. En naar huidig recht is ook ingeval er een commissie uit de schuldeisers is, naast het advies van deze commissie vaak ook een machtiging van de rechter-commissaris nodig.

De schuldeiserscommissie speelt een centrale rol in de plannen van de Commissie met het toezicht. Het is, zoals bekend, vandaag de dag hoge uitzondering dat zo'n commissie wordt ingesteld. Dat zou in de toekomst anders moeten worden. Of dat gebeurt, ik weet het niet. Waarom zijn er vandaag de dag geen commissies? Omdat niemand interesse heeft. Met de huidige uitkeringspercentages ligt het ook niet erg voor de hand dat een schuldeiser er tijd en moeite in zou stoppen. En als dat wel het geval is, is het waarschijnlijker dat dat is omdat er iets anders op het spel staat, bijv. omdat het die schuldeiser te doen is om informatie.

Zou dat in de toekomst anders zijn? Er zijn wat initiatieven die het uitkeringspercentage voor de concurrenten zouden moeten opkrikken, veelal ten koste van de preferenten overigens. Maar het is afwachten wat dat oplevert. Op

voorhand valt daar wellicht niet al te veel van te verwachten, gegeven dat heden ten dage ook de preferenten niet staan te springen om in de schuldeiserscommissie te mogen.

Interessanter is de gedachte dat de schuldeiserscommissie nieuw leven ingeblazen zou kunnen worden door de mogelijkheid externe leden te benoemen, dus anderen dan schuldeisers. Denk aan een insolventierechtdeskundige. Zo'n externe partij kan ook het enige lid zijn. Bovendien wordt het mogelijk een of meer leden van de commissie ten laste van de boedel een vergoeding toe te kennen, waarbij in de toelichting specifiek naar een extern lid wordt verwezen. Zo'n externe partij als (enig) lid is een interessante figuur.

Als het inderdaad die kan op zou gaan, is de benaming schuldeiserscommissie een vorm van misleidende reclame. Wat is een schuldeiserscommissie die bestaat uit één bezoldigde niet-schuldeiser anders dan een toezichthouder, zoals de huidige rechter-commissaris, maar dan ten laste van de boedel. Dan houdt de ene private insolventierechtdeskundige toezicht op de andere. Dat roept natuurlijk vragen op; veelal dezelfde als bij de benoeming van bewindvoerder zelf. Ook daar dient kwaliteit, onpartijdigheid en onafhankelijkheid gewaarborgd te zijn. Wie houdt toezicht op die toezichthouder? En zoals gezegd, als de bewindvoerder – zelf natuurlijk ook een insolventierechtdeskundige – het niet eens is met de schuldeiserscommissie c.q. toezichthouder, kan hij toch naar de rechter-commissaris.

Een laatste aspect is de positie van de rechter-commissaris als geschillenbeslechter. Ook een vorm van toezicht. De huidige art. 69-procedure wordt gecontinueerd, met enige procedurele aanpassingen (art. 4.3.5). Elke

schuldeiser, de schuldeiserscommissie en de schuldenaar kunnen vragen om een aanwijzing aan de bewindvoerder. Op dat punt verandert er weinig.

Kortom, ik vraag me af of er veel verandert. Waar de Commissie in haar brief van april 2005 opmerkte, ik citeer:

“Onder het huidige recht is de rechter-commissaris niet alleen toezichthouder, behandelaar van klachten en geschillenbeslechter, maar is hij ook gesprekspartner/adviseur van de curator en verleent hij machtiging/toestemming voor een aantal belangrijke (rechts-)handelingen van de curator.”;

constateer ik dat de rechter-commissaris dat alles volgens het voorontwerp nog steeds is. De rechter-commissaris staat niet op meer, maar juist minder afstand omdat – en dat is een vernieuwing – de rechter-commissaris aanwijzingen zal kunnen geven “ten aanzien van de algemene gang van zaken bij het bestuur van de boedel” of specifiek tot het doen van aangifte (art. 4.3.4). De rechter-commissaris heeft dan direct verantwoordelijkheid voor het bestuur.

Ik kom tot een waardering. Is het erg dat het toezicht wat minder verandert dan op grond van eerdere berichten te verwachten was? Nee natuurlijk. Als dat systeem bij nader inzien zo gek nog niet is – en van veel kanten komen die berichten – is er natuurlijk niets mis mee om het in grote lijnen te handhaven.

Wat ik wel een beetje mis is een algemene beschouwing. Waarom is juist dit systeem – in grote lijnen dus: het huidige systeem – superieur geacht, boven andere systemen die in het debat de ronde doen, zoals een “Autoriteit Faillissementen”. En is het niet voldoende te vertrouwen op het initiatief van de betrokken partijen

om de curator aansprakelijk te stellen? Dat zou eventueel in de insolventieprocedure kunnen worden geïntegreerd door een soort van collectieve actie in het leven te roepen die ertoe kan leiden dat de bewindvoerder wordt verplicht de schade aan de boedel te vergoeden. En wat te denken van een private toezichthouder, zoals een insolventierechtsdeskundige? Dat wordt nu mogelijk gemaakt, zoals gezegd, enigszins verholen over de boeg van de schuldeiserscommissie.

En dan een aantal specifieke punten. Een werkelijke vernieuwing is dat de bewindvoerder zijn voornemen voor een onderhandse verkoop bekend maken en zeven dagen lang kan een belanghebbende daar tegenop komen (art. 4.2.3). Dat is positief te waarderen, althans waar het de vaststellingsovereenkomst betreft. Naar huidig recht horen ze in de regel pas van een schikking als ze het maanden later lezen in een verslag en er niets meer aan te doen is. Bij de onderhandse verkoop ligt het wat anders. Het zou wat overtrokken zijn als hij de verkoop van elke nietmachine vooraf kenbaar zou maken. Het heeft alleen praktisch belang als het gaat om majeure zaken, zoals de overdracht van een onderneming, sowieso verrassend afwezig in de regeling.

Wat ik ook wel zou willen, is een richtsnoer voor de rechter-commissaris voor zijn beslissingen, of het nu gaat om het algemene toezicht of het geven van toestemming of het beslissen op een bezwaar. Dat zal dus wel zo blijven als thans, ook gezien het doel dat de insolventie heeft: het belang van de boedel. Met name waar het de opzegging van de arbeidsovereenkomst betreft, is dat minder wenselijk. In de huidige praktijk wordt de machtiging van de opzegging vrijwel steeds gegeven omdat dat in het belang van de boedel is. Dat zal ook in de toekomst wel zo blijven. Maar moet de rechter-commissaris niet ook een rol krijgen bij de arbeidsrechtelijke bescherming. De gedachte van het voorontwerp is



dat de bescherming binnen en buiten faillissement gelijk is, waarbij de toestemming van het CWI is vervangen door die van de rechter-commissaris. Moet de rechter-commissaris dan niets soms, ik noem maar wat, zich iets gelegen laten liggen aan de vraag of er sprake is van misbruiksituaties, aan de anciënniteitsregel etc., ook als dat in strijd is met het boedelbelang?

Tot slot. Het voorontwerp sluit voor wat betreft het toezicht aan bij het huidige systeem, met de mogelijkheid dat de praktijk zich in een andere richting zal ontwikkelen, met name waar het gaat om de benoeming van private toezichthouders. Het voorontwerp bevat verschillende verbeteringen, maar biedt ook voer voor discussie. Ongetwijfeld zal die discussie ook volgen. Want, je zou het haast vergeten, het voorontwerp is precies dat, een voorontwerp. Het is niet de afsluiting maar een beginpunt van discussie.

*F.M.J. Verstijlen*